

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

OSMAR MORAES DE FRANÇA FILHO

**A CLÁSSICA DICOTOMIA ENTRE PÚBLICO E PRIVADO SOB A
PERSPECTIVA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO
ADMINISTRATIVO**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2015**

OSMAR MORAES DE FRANÇA FILHO

**A CLÁSSICA DICOTOMIA ENTRE PÚBLICO E PRIVADO SOB A
PERSPECTIVA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO
ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da professora M.e Telmo de Moura Passareli.

**CACOAL - RO
2015**

F814c França Filho, Osmar Moraes de.
A clássica dicotomia entre público e privado sob a perspectiva da constitucionalização do direito administrativo/ Osmar Moraes de França Filho – Cacoal/RO: UNIR, 2015.
62 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. Me. Telmo de Moura Passareli.

1. Direito constitucional. 2. Direito administrativo. 3. Público - Privado. 4. Neoconstitucionalismo. I. Passareli, Telmo de Moura. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 342.3

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/75

A CLÁSSICA DICOTOMIA ENTRE PÚBLICO E PRIVADO SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

OSMAR MORAES DE FRANÇA FILHO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e Vitor de Almeida Conselvan - UNIR - Presidente

Professora esp. Graciela Flávia Hack - UNIR - Membro

Professor esp. Jônathas Siviero- UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal, 03 de Julho de 2015.

Dedico este trabalho àqueles que me amam e se dedicam ao máximo por mim, aqueles que são meus maiores exemplos e minha maior dedicação, e que sem eles não teria chegado até aqui. Aqueles que mais felizes ficam com meu sucesso, e isso já é o suficiente para a realização deles, eles que são meus pais Maria e Celso.

Também ao meu pai Osmar “Ted” (*in memoriam*) que de onde estiver, deve estar com um sorriso enorme. Ao final dedico também ao meu irmão Alexandre, que sempre dispôs de seu amor e companheirismo à minha pessoa.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter me dado a vida e a fé.

Ao meu orientador, Professor M.e Telmo, pela enorme contribuição dada a este trabalho.

Aos meus tios Sonia e Nilson, e prima Lara, por fazerem parte da minha caminhada, pois foram muitas as lições aprendidas em pouco tempo que convivi com estes, principal deles o amor e o carinho que ficarão eternamente no meu coração.

Agradeço com enorme satisfação ao senhor Jaime e à senhora Edvan, pelo carinho que me foi dado nestes anos em que convivi com essas pessoas maravilhosas e inspiradoras, no qual muitas vezes se colocaram no lugar de meus pais, e sempre me deram muita atenção, e hoje estão no meu coração.

Lembro ainda de agradecer a Paulo e Rosileide, por me acolherem em sua família nesses anos de graduação, os quais tenho enorme carinho. Pois graças a estes tive um lar longe dos meus pais, e que para minha pessoa é indispensável esse tipo de carinho.

Também a todos aqueles que dispuseram de seu tempo, compreensão e amizade à minha pessoa. Àqueles que sempre que olhar para o meu passado, lembrarei com grande satisfação, e principalmente com alegria. Pois conheci amigos, ou melhor, irmãos de outra mãe, que sempre estiveram ao meu lado, rindo ou chorando, mas sempre ao lado, dando o máximo de sua amizade.

Ainda devo agradecer a uma pessoa cujo o nome não preciso nem mencionar, pois devido a grande importância que tem nessa formação acadêmica e na minha vida ela já sabe que é dela que me refiro. Agradeço a todo apoio e carinho dado, pois sem ela seria, sem dúvidas, mais difícil essa jornada.

E ao final agradeço, e sempre agradecerei aos meus pais, pela incondicional confiança em mim depositada, pela força que me ensinaram a ter, pela competência que busco chegar perto, e acima de tudo, pelo amor que jamais encontrarei em nenhum lugar no mundo. Mesmo se os deixassem de agradecer, estes já estariam gratos por eu ter conquistado este bacharelado, por terem cumprido com sua missão, de fazerem um filho feliz e que os amará ETERNAMENTE.

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo apresentar o fenômeno do Neocotitucionalismo, de seu surgimento até os dias atuais, e a sua atuação no Brasil. Ainda no mesmo sentido, a pesquisa volta aos primórdios, lembrando a construção do fenômeno do constitucionalismo, pois é essencial para a construção do conhecido Neoconstitucionalismo. A respeito do Constitucionalismo, foi realizada uma análise deste conceito desde seu possível surgimento, até o modo em que se encontra. Nesse cominho foi visto que este conceito, se separa em dois tempos, o constitucionalismo clássico e moderno, esse último sendo firmemente caracterizado na revolução francesa, e que deste ponto sofre três mutações, as quais sejam: o constitucionalismo liberal, constitucionalismo social e o neoconstitucionalismo. Também, tema necessário para a pesquisa e abordado nesta, é a figura dos direitos fundamentais, que são vistos desde seu possível surgimento, e como se consagram hoje, também nesse sentido foi realizada a discussão acerca das suas dimensões(ou irradiações), partindo da sua primeira dimensão até a quinta. Também a respeito dos direitos fundamentais, foi explanado sobre sua eficácia, em que se apresentam em eficácia vertical e horizontal, que respectivamente consagram a relação entre o Estado *versus* indivíduo e indivíduo *versus* indivíduo. Ainda acerca dos direitos fundamentais, foi feito o apontamento sobre sua aplicabilidade no Direito brasileiro, e o momento de sua consagração no ordenamento pátrio, o que é ocorrido com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Noutro giro, foi apresentando o ramo do Direito Administrativo, e que desse foi feita uma análise histórico-evolutiva, e que ao final foram apresentados suas características pré e pós Constituição de 1988, no qual nos princípios estabelecidos pré 1988 eclode-se a clássica dicotomia entre público e privado (que consagra a problemática da presente pesquisa), desse ponto, buscou-se analisar como está mantida essa relação público e privada após do advento da nova Constituição amparada pelos baluartes neoconstitucionais. O trabalho proposto se justifica conquanto os direitos fundamentais, consubstanciando nos interesses privados, representam o mínimo necessário à sobrevivência digna do indivíduo, daí porque merece ser objeto contínuo da pesquisa jurídica. Para auferir os objetivos propostos, faz-se uso da zetética e da técnica dialética.

Palavras-chave: direitos fundamentais; Neoconstitucionalismo; público; privado.

ABSTRACT

This paper aims to present the phenomenon of Neoconstitutionalism of the phenomenon, since its beginnings to the present day, especially in Brazil, even in the same direction, the paper goes back to the beginnings, recalling the construction of constitutionalism, as it is essential to the construction of the known Neoconstitutionalism. Regarding the Constitutionalism, it was held an analysis of this concept, since the possible moments of its origin, and even the way it is nowadays, in this path it was realized that this concept is separated into two stages, the classic and modern constitutionalism, this one being strongly characterized by the French revolution, and, from that, suffers three mutations, which are: the liberal constitutionalism, social constitutionalism and the Neoconstitutionalism. Also, a necessary subject to the research that is approached in this paper is the fundamental rights, which are viewed since its possible emerge, and the way that they consecrate today, also in this regard was held a discussion of its dimensions (or radiations), starting from its first to the fifth dimension. Also, regarding fundamental rights, it was explained about its effectiveness, which produces in vertical and horizontal radiation, which respectively provide for the relationship between the state versus the individual and individual versus individual. Again, regarding fundamental rights, it was made an appointment on its applicability in Brazilian law, and the moment of its consecration on juridical order, which occurs with the promulgation of the Federal Constitution of 1988. In another sense, it was presented a discussion regarding administrative law by making a historical and evolutionary analysis, and at the end were presented their characteristics pre-Constitution of 1988 and post-Constitution of 1988, in which the principles set pre 1988 represents the classical dichotomy between public and private (which enshrines the issue contained in this research), from this point, it was tried to analyze how this is maintained public and private relationship after the advent of the new constitution supported by neoconstitutionals bastions. This paper justifies itself as fundamental rights – private interests – represents the necessary to a dignified life, and therefore it has to be object of studies of law. To do so, it was chosen both zetetics and dialectics methods.

Keywords: Fundamental Rights; Neoconstitutionalism; Public; Private.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	13
1.1 O ADVENTO DO CONSTITUCIONALISMO.	13
1.2 CONSTITUCIONALISMO LIBERAL	18
1.3 CONSTITUCIONALISMO SOCIAL	20
1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ..	24
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
2.1 NOÇÕES PRELIMINARES	30
2.2 ASPECTOS EVOLUCIONAIS	31
2.2.1 Primeira dimensão	31
2.2.2 Segunda dimensão.....	32
2.2.3 Terceira dimensão.....	34
2.2.4 Quarta e quinta dimensões	35
2.3 ASPECTOS EFICACIONAIS.....	36
2.3.1 Eficácia vertical	36
2.3.2 Eficácia horizontal.....	37
2.4 APLICABILIDADE DIANTE DA CRFB/88.....	38
3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	41
3.1 GÊNESE E DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA PRÉ CRFB/88: CLASSICA DICOTOMIA ENTRE PÚBLICO E PRIVADO.....	41
3.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA PÓS CRFB/88.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

A realização desta pesquisa visa em primeiro plano entender o movimento constitucional e suas peculiaridades, e quais avanços trouxeram este advento do Direito em seus ramos, sendo dado o foco na norma constitucional e sua relação com o Direito Administrativo, e deste último para com os indivíduos do Estado brasileiro.

Contudo, faz-se necessário apresentar as mutações sofridas por esse movimento, no qual temos o surgimento do constitucionalismo liberal e social, bem como apresentar as características de cada uma dessas mudanças, até chegar ao momento do surgimento do Neoconstitucionalismo.

Faz-se necessário também observar a chegada deste movimento neoconstitucional no Estado brasileiro, deste modo questionar tais reflexos no ordenamento pátrio.

Em segundo plano, é essencial estudar as questões acerca dos direitos fundamentais. Uma vez que seu advento traz a lume um novo modo de pensar em constitucionalismo e, por conseguinte, o Neoconstitucionalismo.

Nesse cotejo, serão analisados os direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensões, pois estes são de extrema relevância para a referida pesquisa, já que com o acontecimento de cada um destes, surgem novas divergências em um sistema jurídico. Uma vez que são apresentados novos direitos dos cidadãos e com isso novos deveres do Estado.

Também ponto essencial para pesquisa é a análise acerca da atuação da Administração Pública. Nesse âmbito, busca-se questionar quais as liberdades dadas à Administração Pública, pois é sabido que o Estado da grande autonomia na ação deste ramo do direito.

Ainda no que tange à Administração Pública, é questionado quais os limites impostos pela Carta Magna brasileira, uma vez que estes vêm como meio de garantir a não ingerência do Estado diante seus administrados, bem como um mecanismo de garantir os direitos individuais.

Também será questionado o poder dado à Administração Pública, podendo este ter caráter imperativo, desse modo ultrapassando os limites impostos pelas vertentes neoconstitucionais, no que concerne ao direito individual, ou seja, os limites do interesse privado.

Apresentando todos estes elementos foi dado base para a fundamentação desta pesquisa, e assim justificando a pesquisa, uma vez que é analisada a relação do Direito Administrativo/Constitucional bem como seus reflexos auferidos no interesse privado. Uma vez que os atos administrativos atingem diretamente o cotidiano dos indivíduos inseridos em um sistema.

Os meios utilizados para a obtenção de dados para esta pesquisa estão pautados na técnica bibliográfica, uma vez que é necessária para a coleta de informações acerca do tema abordado, pois é de primordial importância encontrar na doutrina um norte a ser seguido. Assim, a pesquisa foi realizada com base em utilização de doutrina nacional e de direito comparado, também a busca de informações pautadas na análise do ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange ao método de pesquisa, será utilizado o dialético, uma vez que a presente pesquisa apresenta a problemática e seus desdobramentos, sendo um a tese e o outro a antítese, deste ponto deriva-se a síntese, que consagra uma das hipóteses propostas no presente trabalho.

Já no que se refere à abordagem jurídica-filosófica, esta é baseada na zetética. Como se notará, a pesquisa não está firmada unicamente em parâmetros normativos, uma vez que o que se pretendeu foi a conquista de um juízo filosófico acerca dos temas elencados, e assim obtendo uma solução plausível as questões relatadas.

O método zetético se justificou com base no entendimento de Ferraz Júnior (1996, p. 40), para quem a zetética possibilita proceder a investigação, ao passo que os princípios dogmáticos limitariam a obtenção do objetivo pretendido. Haja vista que a indagação é ferramenta necessária para a solução desta dicotomia apresentada pela pesquisa, e a indagação é essência deste método, assim firmando

a sua utilização. A demais a zetética não se limita a questionar os reflexos do fenômeno, mas sim questiona sua própria existência.

Apresentados todos os meios de obtenção de informação e os mecanismos de interpretação, ao final espera-se chegar a um entendimento preciso acerca desta relação epistêmica entre direito público e o privado, sob um manto do movimento neoconstitucional, aos olhos Constituição Brasileira.

1 O SURGIMENTO DO MOVIMENTO NEOCONSTITUCIONAL

1.1 ADVENTO DO CONSTITUCIONALISMO

Primeiramente, faz-se necessário um entendimento acerca do surgimento e consagração do movimento constitucional, pois é tema essencial da pesquisa ora em apreço, visto que tal movimento jurídico-filosófico que da superação do positivismo, passa ao desenvolvimento da teoria neoconstitucional. Nesse sentido Canotilho (2000, p. 51- 52) preleciona:

O constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Numa outra acepção – histórico-descritiva fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVII, questiona nos planos políticos, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de organização e fundamentação do poder político.

É em decorrência do movimento do constitucionalismo que hoje a grande maioria dos sistemas jurídicos do mundo estão amparados por uma norma máxima, por uma Carta Magna, ou seja, por uma lei suprema que rege a atuação do Estado, de uma nação.

Diz-se que tal movimento tem origem em antigos pactos concretizados pela monarquia para com seus súditos, também, é apreciado que tal movimento tenha indício na Grécia antiga e suas concepções de democracia, Roma com a centralização do poder, entre outros povos (ÁVILA, 2009).

Contudo muitos tendem a dizer que a maior percepção que se tem do referido movimento na antiguidade, se dá com o rei João Sem Terra, que fez surgir a tão conhecida Magna Carta de 1215. Como ensina o professor Ferreira Filho (2000, p. 11), a Magna Carta “é peça básica para a Constituição inglesa, portanto de todo o constitucionalismo”.

Ocorre que tal fato não se deu instantaneamente, como tido na lição de Azambuja (2011), uma vez que esse movimento vem evoluindo de tempos remotos, a partir do momento em que os indivíduos almejavam seus direitos (vida digna) além da força. Deste ponto, que o ser humano busca o uso do seu lado racional, e cada vez mais se afastando das origens primitivas, começam a surgir o que seriam os

primeiros traços de a construção de um Estado, e este estaria intimamente ligado ao constitucionalismo.

Faz-se necessário mencionar neste momento, os gregos, que não precisamente, mas é grandemente mencionado, que foram os primeiros a consagrarem e dar grande importância para o conceito de Estado. Conforme lição de Penna (2013, p. 150), não obstante estar datado de antes de Cristo, a Grécia com o surgimento das *polis*, passam a ser organizadas, assim originando o comércio, expansões coloniais, a propriedade privada e de extrema valia a política.

Ainda segundo Penna (2013, p. 151), observa-se que mesmo não estando amparado por uma norma escrita, o Estado grego, mas já estava sendo de certa forma organizado, ou seja, havia uma norma moral, que amparava aquela *polis*, e que era seguida pelos governantes e governados.

Tanto de grande valia para a evolução do conceito de sociedade organizada, tem-se que falar de Roma, na qual os conflitos existem entre patrícios e plebe, e com esses conflitos aquela sociedade viu-se necessitada de algum mecanismo que pudesse sanar esse desacordo. Um desses acordos da época, e hoje muito conhecido, que foi a lei das doze tabuas, algumas outras foram criadas, possivelmente daí o surgimento do Direito Romano, como direito posto¹.

Contudo, ainda persistiam em ocorrer conflitos entre as castas, e mais uma vez o povo (plebe), como mecanismo de defesa dos direitos, rebelaram-se para que a castas superiores tomassem algum ato, assim fazendo a vontade da plebe, assim surgindo o plebiscito (decisão da plebe)².

Ainda em Roma, mas sob o império bizantino, no qual o imperador Justiniano fez grandes modificações, e também assim codificando o Direito romano (GUSMÃO, 2010).

¹ Sobre as leis escritas, é essencial falar da Lei das XII Tábuas, que é considerada fonte do direito privado. Elas “foram escritas em meio a uma evolução social; foram os patrícios que as fizeram, mas a pedido e para uso da plebe” (COULANGES, 2007, p. 334). Tudo ocorre a partir das revoltas populares. Por ser de característica romana a Lei das XII Tábuas, foi de imediato aceita, deste modo, do momento de sua publicação passou-se a ser observada, e a regular o povo romano.

² O nome “plebiscito” vem do latim plebis + scitum e tem origem na vetusta República Romana, na qual a plebe deliberava sobre questões previamente relacionadas (FERREIRA, 2006).

Plebiscito teve origem na antiga Roma por volta do ano em 287 a.C., por meio da chamada Lei Hortênsia. Nessa época, a sociedade romana era dividida por dois grupos sociais: os plebeus (faziam parte de uma camada inferior) e os patrícios (faziam parte de uma camada superior).

Ao longo da história os plebeus, outrora sem quaisquer direitos, passaram a obter diversas prerrogativas, dentre as quais se encontravam o direito de se casar com patrícios e o plebiscito, onde o povo participava das decisões políticas (BENEVIDES, 2003, p. 48).

Outro fato importante, foi o surgimento do absolutismo, uma vez que o conceito de Estado³ estava em ascendente construção, viu a necessidade de alguém governá-lo, o caso o Monarca, consagrando assim a centralização do poder. Também a que se dizer, sobre a fortificação do conceito de nação, nesse período como diz Bobbio (1997):

[...] Normalmente a Nação é concebida como um grupo de pessoas unidas por laços naturais e, portanto eternos – ou pelo menos existentes *ab immemorabili* – e que, por causa destes laços, se torna a base necessária para a organização do poder sob a forma do Estado nacional.

Nesse período de centralização de poder eram seguidas duas vertentes a contratualista⁴ e a divina⁵. Havia ainda o acordo entre o governante e o povo, e este pacto, deveria ser fielmente seguido, pois um princípio era de fundamental gerência do Estado, que seria tudo em prol da nação, não importando os meios, nesse ponto vale lembrar de Maquiavel (2009), que fundamentou a tese segundo a qual “os fins justificam os meios” e Hobbes (1993) segundo este o Estado se consolidava em virtude na necessidade da sobrevivência humana. Para Hobbes a ausência de Estado implicava em uma sociedade na selva, na qual “o homem era o lobo do homem”.

Na transição entre absolutismo e feudalismo, ocorre o enfraquecimento do Estado, no qual o poder se tinha dividido em blocos territoriais, e dados aos senhores feudais o seu poder. Nesta transição ocorre a desconsideração do direito contratualista, assim permitindo o direito divino, na figura da igreja, preponderar sobre a nação.

³ O Estado, portanto, é uma sociedade, pois se constitui essencialmente de um grupo de indivíduos unidos e organizados permanentemente para realizar um objetivo comum. E se denomina *sociedade política*, porque tendo sua organização determinada por norma de direito positivo, é hierarquizada na forma de governantes e governados e tem uma finalidade própria, o *bem público*. E será uma sociedade tanto mais perfeita quanto sua organização for mais adequada ao fim visado e quanto mais nítida for na consciência dos indivíduos, a representação desse objetivo, a energia e sinceridade com que a ele se dedicarem. (AZAMBUJA, 2013, p. 18).

⁴ Hobbes, já vimos, afirma que, ante a tremenda e sangrenta anarquia do estado de natureza, os homens tiveram de abdicar em proveito de um homem ou de uma assembleia os seus direitos ilimitados, fundando assim o Estado, o *Leviatã*, o *deus mortal*, que os submete à onipotência da tirania que eles próprios criaram. [...] Locke, como vimos, baseia o contrato, e portanto o Estado, no consentimento de todos que desejavam criar um órgão para fazer justiça e manter a paz (AZAMBUJA, 2013, p. 122).

⁵ Assim como Deus estabeleceu as leis que regulam o movimento dos corpos, determinou as leis que regulam a conduta do homem. A única diferença é que o homem, sendo livre, pode violá-las. Mas as leis não perdem a validade pelo fato de serem violadas; continuam em vigor e podem ser descobertas pelo homem a quem Deus as manifestou – de forma direta, com a revelação, ou indiretamente, pela razão (BOBBIO, 1997, p. 38).

Na lição de Bobbio (1997), essa corrente cujo núcleo epistemológico se concentra em São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, passa a considerar o direito como regra universal surgida da irradiação de comandos divinos.

Momento importante tido na concepção clássica de constitucionalismo, se dá com o reinado de João Sem Terra, este que por sua vez firmou um tratado, este que veio a ser conhecido como Magna Carta. Tratado este que vinha a garantir ao povo inglês contra atos autoritários da soberania.⁶

Ainda na Inglaterra, após decorrido grande lapso temporal, e um série de outros tratados assinados, sem dúvidas o mais memorável é o surgimento do *Bill of Rights*. Tal dispositivo, tinha o intuito de limitar o poder dos reis, e assim desencadeando o surgimento do parlamento, nesse aspecto visando extinguir o monarquismo absolutista (FERREIRA FILHO, 2000).

É observado, que todas passagens históricas, desde a Grécia, passando até a mais próximo da Inglaterra de 1600, tem em comum a não codificação da norma, sim a interiorização, percebe-se ainda que muitas não passam de tratos, e que muitas vezes era normas morais e consuetudinárias.

Sobre o assunto escreve Paulino Jacques:

Eram mais instituições que constituições, documentos escritos, códigos políticos. Não escritos, consuetudinários, e, por ato de modificação. Não se conheciam, ainda, o 'poder constituinte', de onde emanam as Constituições escritas, mas tão-só o 'poder legiferante ordinário. (1977, p 70)

Deste ponto, começasse a transição entre o entendimento de constitucionalismo clássico e moderno, uma vez que se passa ter o anseio da junção de normas, a formarem uma norma suprema. Nesse jaez, Canotilho (2003) traça um paralelo entre os dois constitucionalismos:

[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social, cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes

⁶ Ferreira Filho (2000, p. 11 e 12) "[...] essa Carta não se preocupa com os direitos do Homem, mas sim com os direitos dos ingleses".

princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVII.

Contudo, vê-se que o constitucionalismo moderno toma impulsão a partir dos ideais iluministas, com as revoluções, que versavam pela quebra da estrutura absolutista, buscando o surgimento do Estado. Deste plano sendo observada que as normas impostas deveriam ter caráter dogmáticos ou positivadas, com a finalidade de defender os direitos dos cidadãos diante aos governantes.

Assim dispõe, Dezen Junior(2002): Os ideais revolucionários inspirados no iluminismo cuidaram de converter a Constituição em documento com peso constitucional, quando da passagem da monarquia absoluta para o Estado Liberal de Direito, principalmente na França.

É dito que o constitucionalismo moderno, tem seus primórdios na revolução americana, com a concretização da *Covenant*⁷, que foi possivelmente o precursor do constitucionalismo moderno. Como aduz Franco (1968) afirma que “nesse venerável documento se encontra, em germe, o núcleo de ideias que mais tarde se desenvolveram nas instituições de Direito Constitucional”.

Contudo, é notável que a partir da revolução francesa (FERREIRA FILHO, 2000), que se dá a positivação do termo constitucionalismo, no qual de maneira mais rígida, deveria assegurar os direitos ali promulgados. Esse contexto se confunde com o constitucionalismo liberal.

Uma vez que o Estado francês estava estagnado, ainda regido por governo absolutista, e era tido em três estratos, a burguesias se encontra em extrema vantagem diante ao proletariado com sobre carga de tributos e o clero que muitas das vezes eram isentos. Também estava com a economia enfraquecida, por culpa da ingerência do poder, e com a agricultura prejudicada por uma seca instauram tal revolução.

Com o anseio de desconstruir a forma adotada, as classes prejudicadas se mobilizaram para que fossem feitas tal revolução, e em 09 de Julho de 1789, houve a Assembleia Constituinte, almejando a extinção do absolutismo na França. Como preleciona Penna (2013, p. 163):

⁷ A Carta Política denominada *Covenant* é conhecida também por Pacto de Mayflower, assinada em 1620 pelos primeiros colonizadores ingleses da Virgínia, foi o prenúncio do desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano (PENNA, 2013, p. 160).

No mês de Junho o terceiro estado separou-se dos outros dois e com o apoio dos deputados do baixo clero, contra a vontade de Luís XVI, proclamou-se em Assembleia Nacional, transformada em Assembleia Nacional Constituinte em 09 de Julho de 1789. O objetivo era elaborar a Carta Magna que acabaria com o absolutismo monárquico. Estava iniciada a Revolução Francesa de cunho democrático-liberal.

Assim, com incentivo do proletariado, deste modo caracterizando a grande maioria, vislumbra-se o advento do poder constituinte emanado do povo. Na palavra de Canotilho (1999, p. 67):

[...] surge agora com centralidade política a nação, titular do poder constituinte. A nação não se reconduz à idéia de sociedade civil inglesa. Ela passa a deter um poder constituinte que se permite querer e criar, uma nova ordem política e social prescritivamente dirigida ao futuro mas simultaneamente, a ruptura com o 'ancien regime'

Neste jaez, se vê que a mobilização da massa, buscando a soberania popular com superação da soberania de uma pequena parcela de indivíduos, surgiu a revolução francesa, e por consequência os parâmetros do constitucionalismo moderno.

Então percebe-se que o constitucionalismo é a busca pela superação do poder monárquico e absolutista, desordenado, o qual os indivíduos veem a necessidade de uma lei maior para a configuração de um Estado, para a imposição de deveres, a garantia dos direitos dos indivíduos, e acima de tudo, garantir a vontade do povo.

No que se faz essencial ao explicar o movimento constitucional são os direitos e suas dimensões, o qual se divide, segundo a doutrina clássica, em direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, os quais serão abordados posteriormente.

De pronto, todavia, cabe destacar que os direitos fundamentais de primeira dimensão, ao se consubstanciarem em postulados de proteção, estruturam toda a lógica jurídico-dedutiva do constitucionalismo liberal, tema a seguir abordado.

1.2 CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

Ponto importante ao estudo do Constitucionalismo é o chamado liberal, momento no qual é encontrado a maior mutação e de grande importância a este movimento, pois deste ponto que surge a constituição escrita, ou seja, a positivação do direito constitucional.

O constitucionalismo liberal se dá, como já mencionado, na revolução francesa, a qual visava destituir a soberania de um Monarca, e pautando-se nos direitos dos indivíduos da nação. Teoria esta pautada por meio de movimentos políticos, culturais, filosóficos, postulava pelo equilíbrio entre poder do Estado e liberdade dos indivíduos, mas visando sobressair esta última. Assim aduz Bonavides (2007, p. 52-53):

O valor essencial que inspira o liberalismo não se volta para a comunidade, mas para a liberdade criadora do indivíduo dotado de razão. Partindo desde Ponto de vista, havia o liberalismo desenvolvido num sistema metafísico completo, fundado na fé de que uma solução racional total podia resultar do livre concurso das opiniões individuais em todos os domínios da vida

É notável que a o movimento liberal traz a concepção da superação do poder ilimitado, assim passando adotar a visão de que o Estado deveria ter seus atos restritos, também assegurar os direitos dos indivíduos. Fala-se aí em direitos fundamentais de 1ª dimensão.

Nesse aspecto, vale ressaltar que nessa fase evolutiva do Direito Moderno, o que mais se expandiu foi o Direito Privado frente ao Direito Público, assim assegurando o direito do indivíduo, no qual eram observadas o direito de propriedade e patrimônio, tendo em vista que nessa época crescia o fenômeno do capitalismo (BONAVIDES, 2009).

Assim passando esse modelo constitucional somente garantir o que era individual, e ainda nesse aspecto, eram apenas observadas como recomendações, não tendo a real normatividade que deveria ser imposta.

Nesse aspecto, aduz Rossi (p 136, 2012):

[...] as primeiras constituições escritas da época passam, no entanto, a ser entendidas com o caráter de meras Cartas Políticas de recomendações e orientações, sem o devido cunho de eficácia normativa. Na realidade, é o direito privado, e não propriamente o direito público, que se desenvolve naquele contexto, com maior ênfase. É a época das grandes codificações do direito privado. O Código Napoleônico de 1804, na França, nos dá exemplo desse movimento pela busca da sistematização e exatidão, não apenas no sentido de que o valor segurança jurídica é alçado para a proteção da liberdade individual, mas também e, essencialmente, porque protege a propriedade e o patrimônio, interesses caros ao desenvolvimento do capitalismo concorrencial que se desenvolve naquele momento.

Nota-se que esta fase foi essencial para o desenvolvimento do direito privado, uma vez que era explícito a preocupação da proteção aos direitos individuais, a

preocupação com o comércio o lucro, ia crescendo com a evolução do capitalismo. Com isso, ocorreu que toda normatização dos institutos jurídicos da época dependia dos Códigos privado, ora que as Constituições se encontravam omissas.

Segundo Capella (2002, p. 136 *apud*, ROSSI, 2012, p. 137):

[...] nos códigos, e formalmente com uma categoria infraconstitucional, achamos normas básicas da “Constituição jurídica”. Sem elas, algumas das normas contidas nas Constituições políticas dos Estados careceriam de sentido ou teriam outro destino. Trata-se, em vigor, de normas “tecnicamente constitucionais” ainda que não estejam rodeadas das garantias processuais das normas que figuram como conteúdo das Constituições políticas (e por tanto podem ser modificadas mediante leis correntes).

Essa época foi de grande valia ao Direito, especialmente no que se refere ao Direito Civil, o qual a clara preocupação da época era a proteção ao comércio e ao patrimônio. Por esse fator o Poder que mais foi levado em conta, dentre os tripartidos, foi o Legislativo, uma vez que cada vez mais se buscava a concretização do Direito Privado (ROSSI, 2012).

Contudo, essa época mesmo vindo a lume a figura dos direitos fundamentais em sua primeira dimensão, este se encontrava insignificante diante as mazelas oriundas, ou remanescentes de outras épocas. Pois mesmo com o advento da participação popular, ocorria que a era ínfima, uma vez que este poder estava limitado aos indivíduos homens e de grandes castas, aos demais somente tinham a liberdade, mas não tinha o direito a representação (PENNA, 2013).

É hialino que tal movimento se estende até o término da 1ª Guerra Mundial, a qual instaurou grandes crises em diversas localidades no mundo. Deste ponto foi percebido que o movimento constitucional liberal era limitado para as necessidades impostas pelas nações, acarretando o surgimento do constitucionalismo Social.

1.3 CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Como supramencionado, o constitucionalismo social surge do fim da 1ª Guerra Mundial, uma vez que o modelo liberalista estava em crise, uma vez que unicamente proteger o direito individual. Nesse sentido, via-se que não estava sendo observada as necessidades dos indivíduos, pois iria mais além da proteção ao negócio/comércio, ou mesmo da propriedade.

Tal deficiência no constitucionalismo liberal foi observada a partir dos impactos causados pela Primeira Grande Guerra, uma vez que os indivíduos se encontravam desamparados e o conceito de propriedade não se adequava para condição que se encontravam muitas nações destruídas. Estas por sua vez se encontravam também economicamente instáveis, assim dificultando uma maior observância aos indivíduos (HERRERA, 2008).

Contudo, vem a ser um período breve no movimento constitucionalista, pois se mantém até o fim da 2ª Grande Guerra.

Então viu-se que o Estado deveria consagrar os direitos sociais, já que não mais bastava liberdade, e sim assegurar o mínimo digno a cada cidadão.

Prelecione Bonavides (2009, p. 188):

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pode resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens. Comunica-la, pois, a todos, conforme veio a suceder, significativa já um passo em falso na firmeza da teoria liberal. E isto foi uma das primeiras transformações por que passou o liberalismo. Mostrava-se, aí, com raro poder de evidência, a face dialética em que se movia historicamente a sociedade humana.

Porém mesmo sendo breve momento na evolução constitucional, neste se dá o surgimento dos direitos fundamentais de 2ª dimensão. Nesse ponto surge o que se chama de “questão social”⁸.

Com o advento do positivismo, o direito, para existir no plano jurídico, deve estar posto. Desta forma, não vale mais o direito como manifestação da personalidade humana (jusnaturalismo clássico) ou como irradiação de comandos divinos (jusnaturalismo divino). Surge, então, inspirada na teoria de Kelsen, a concepção da necessidade de se positivar os direitos para que seus titulares possam gozá-los e reclamar a sua eventual não implementação no campo fenomenológico (KELSEN, 2006).

Nesta época começa-se a se afastar do Direito as concepções trazidas pelo jusnaturalismo clássico e divino, unicamente versando sobre liberdade e vida, isso

⁸ A questão social não é se não as expressões do processo de formação e desenvolvimento da classe operária e de seu ingresso no cenário político da sociedade, exigindo seu reconhecimento como classe por parte do empresariado e do Estado. E a manifestação, no cotidiano da vida social da contradição entre o proletariado e a burguesia, a qual passa exigir outros tipos de intervenção mais além da caridade e repressão (CARVALHO; IAMAMOTO, 1983, p. 77).

se dá como consequência do anseio da positivação do direito, ora que se via necessário este ato para que se alcance a segurança jurídica. Neste aspecto vem o positivismo, baseado em Kelsen (2006) e Bobbio (1997), como mecanismo de além de conceder Direitos, este tem o papel de garantir Direitos, ou seja, se não está disposto ao indivíduo, ele terá a possibilidade de reclama-lo.

Nessa transição do movimento constitucional, o positivismo é ponto fundamental, e nas lições de lições de Kelsen é vislumbrada a tese do dogma positivado, o qual visava a firme aplicação da norma promulgada.

Em sua lição Kelsen (2006, p 75) aduz:

Quando um teoria do Direito positivo se propões distinguir Direito e Moral em Geral Direito e Justiça em particular, para não os confundir entre sí, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe norma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta um Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral.

Observa-se que a moral já é obsoleta para a garantia dos direitos fundamentais, moral estaria intrínseco a cada cidadão, mas não estaria sendo efetivada na relação entre indivíduo e Estado, assim necessitando da norma rígida garantidora.

Vê-se que essa mutação deu ao Estado o dever de não priorizar as liberdades negativas, mas de forma que o Direito de um determinado local deveria atingir a coletividade e os fins sociais, em busca da igualdade material.

Noutro giro, encontra-se a positivação do Direito que deu as Constituições maior observância, ao passo que no constitucionalismo Liberal era vista como recomendações do Estado, e o que prevalecia era a vontade individual. Já nessa fase supera-se esse entendimento, uma vez que as constituições da época visavam sua concreta observância. Nesse período vale destacar a Constituição do México de 1917 e a Alemã de 1919⁹, pois é sabido que foram essas as primeiras a firmarem esses novos preceitos constitucionais (ROSSI, p. 140, 2012).

⁹ Carlos Miguel Herrera (2008, p.7) que: A história constitucional tem oficialmente a sua certidão de nascimento com a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919. Mas, para dizer a verdade, esta já tem um precedente fundamental na Constituição mexicana de 5 de fevereiro de 1917, elaborada em Querétaro. Se este antecedente não pode ser evitado, não se trata de um simples (e inútil) gesto de erudição: encontramos ali, estabelecida pela primeira vez em um texto constitucional que alcançara vigência, a relação específica entre direitos sociais e revolução inconclusa. Vaz da Silva (1977, p.35) ressalta: A Constituição Alemã, ao integrar a ordem político-institucional aos objetivos econômicos da

Vale destacar que na Europa desse período, foi onde que ocorreu a ampliação do conceito de rigidez da aplicação da norma constitucional, e também rigidez no que diz respeito ao controle constitucional, como mecanismo de controle da mutação desses institutos.

Nesse sentido aduz Santiago (2008, p. 345):

En este período se incorporan a las constituciones europeas sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, como la gran aportación del constitucionalismo continental al sistema de las garantías constitucionales (la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana), basada en la creación de un órgano jurisdiccional especializado que ostenta el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, a requerimiento de una serie restringida de sujetos legitimados, y que actúa como legislador negativo con la facultad de invalidar las leyes inconstitucionales.

Otra característica fundamental del constitucionalismo democrático de entreguerras que afecta, también, a la posición y a las funciones de la jurisdicción, es la reformulación de la organización territorial del poder a través de un modelo europeo específico que, aunque se llame federal, difiere de la solución americana. La necesidad de preservar este diseño lógico del reparto territorial del poder dotado, desde un punto de vista constitucional, de protección jurídica, explica la competencia propia de los tribunales constitucionales como tribunales de conflictos (lo que se pone de manifiesto en la *staatsgerichtsbarkeit* weimariana). Por lo demás, es evidente la trascendencia que esta configuración de la jurisdicción constitucional tuvo y sigue teniendo en el constitucionalismo posterior a I a II Guerra Mundial.

Mas o que diferencia os dois momentos constitucionais já citados, está na observância do interesse público frente ao interesse privado, uma vez que na primeira época, o interesse privado era o que prevalecia, contudo, nesta fase do Direito se encontrou obsoleto falar em interesse individual, uma vez que o direito estava almejando consagrar o interesse público.

Surge nesse contexto a tutela dos direitos sociais. No entendimento de Sarlet (2001, p. 50):

sociedade, buscou definir um projeto alternativo social-democrático que satisfizesse os diversos segmentos sociais, presos, de um lado, às concepções da clássica democracia burguesa-individualista, e, de outro, ao crescente fluir de princípios e proposições socialistas. Tratava-se da primeira tentativa feita por uma nação de construir uma social-democracia, procurando conciliar princípios liberais e princípios socialistas, e almejando fugir, ao mesmo tempo, do exemplo, então bem próximo e bem presente em todos os espíritos, da revolução soviética e dos excessos do capitalismo e do liberalismo. Bercovici (2008, p. 31) que: A partir de Weimar (e da Constituição do México, de 1917), a característica essencial das constituições do século XX passa a ser o seu caráter diretivo ou programático, que incorpora conteúdos de política econômica e social. Esta característica é fruto da democracia de massas. A tentativa de incorporação da totalidade do povo no Estado passa a exigir a presença de uma série de dispositivos constitucionais que visam a alterar ou transformar a realidade sócio-econômica.

[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Embora nessa época o que se buscava era o fim social, a proteção a coletividade. Contudo pela positivação do Direito ter sido levada ao extremo, este por muitas vezes levava ao detrimento aos valores individuais, e os mínimos existências, tudo isso em prol de uma coletividade, que no mais ainda se via desamparada.

Deste ponto observa-se a transição do momento do Constitucionalismo Social aos primórdios do Neoconstitucionalismo, uma vez que nesse momento do Direito o que se buscava era o equilíbrio entre norma e princípios.

1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Tema essencial desta pesquisa é o movimento neoconstitucional, este, que eclodiu do término da 2ª Grande Guerra. Marco importante nessa virada linguística¹⁰ do Direito, é a criação da Constituição Alemã de 1949 (Lei fundamental de Bonn), e também vale lembrar que nesse mesmo sentido teve a Constituição italiana de 1947, a criação da Corte Internacional, e ainda as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), como aduz Barroso (2005, p. 17):

¹⁰ Assim, toda e qualquer determinação do significado de uma expressão é provisória e parcial, visto que dependente do contexto e das regras do jogo de linguagem em questão. Uma vez que a significação de uma palavra resulta das regras de uso seguidas nos diferentes contextos de vida, então, falar uma língua implica a participação em uma determinada forma de vida, no compartilhamento de significações, no pertencimento a um determinado contexto ou “mundo da vida”. Uma vez que os diferentes usos que fazemos da linguagem encontra-se imbricada com atividades extralingüísticas que são, por sua vez, envolvidas pela linguagem, então, a investigação do uso que fazemos da linguagem ordinária significa também uma investigação do sentido da nossa experiência. E a palavra ‘jogo’ utilizada por Wittgenstein procura expressar exatamente essas atividades ou formas de vida que escapam a qualquer determinação lógica, sintática ou semântica (NIGRO, 2009). A argumentação permanece o único meio disponível para se certificar da verdade, porque não há outra maneira de examinar as pretensões de verdade tornadas problemáticas [...] No trato prático com um mundo objetivo suposto como idêntico e independente, os atores dependem de certezas de ação. E estas implicam, por sua vez, que se tenham por absolutamente verdadeiras aquelas opiniões que governam a ação. Não pisamos em pontes cuja estática nos parece duvidosa [...] É apenas com a transição da ação para o discurso que os participantes adotam uma atitude reflexiva e, à luz das razões pró e contra apresentadas, disputam pela verdade tematizada de enunciados controversos. (HABERMAS, 2004, p. 49).

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã [03]), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

Uma vez que se vê obsoleto pensar em positivismo puro, o novo constitucionalismo se torna a superação de normas puramente limitadoras, mas sim, visando possibilitar a criação de sistemas normativos que versem em primeiro plano pelos direitos fundamentais de todos indivíduos.

Em outro plano, também, se tornaria obsoleto pensar unicamente em liberdade, ou seja, o jusnaturalismo não possibilitaria sozinho aparar os direitos dos indivíduos. Sem dúvidas esse momento consagra o pós-positivismo¹¹, uma vez que, não cabia falar nessas filosofias do Direito separadas, mas deveria se pensar em uma comunhão das ideias, como meio de se completarem onde uma não tenha efetividade.

Nesse sentido preleciona Barroso (2005, p. 19):

O marco filosófico do novo direito constitucional é o póspositivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes,

¹¹ A importância da teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy, baseada nos conceitos de Dworkin, surge da necessidade de métodos específicos de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, dada a vagueza das suas formulações. É importante registrar que, a partir deste momento, os princípios geram direitos e se tornaram predominantes, alcançando, embora de forma divergente, o patamar da normatividade. Robert Alexy concebe a teoria dos princípios considerando que norma é o gênero, do qual são espécies as regras e os princípios. Ambos dizem o “deverser”, sendo expressados por termos deônticos, prescrevendo proibições ou permissões (ALEXY, 2008, p.87). As concepções iniciais de sua teoria são provenientes de Ronald Dworkin (2007, p.36-37) em “Levando os direitos a sério”, o qual considera que existem os princípios em sentido amplo, que se dividem em princípios em sentido estrito e diretrizes políticas (policies). As policies têm como objetivo a melhoria nos aspectos econômicos, políticos e sociais, enquanto os princípios em sentido estrito são aplicados por serem uma aplicação da justiça como equidade. Por ser liberal, Dworkin diz que somente os princípios em sentido estrito se aplicam aos direitos fundamentais, rejeitando a possibilidade de ponderação destes com as diretrizes políticas. Diferente é a ideia de Alexy, conforme afirma Daniel Sarmento: Observe-se, no entanto, que Alexy, como um jurista do Estado Social, não adota a tese de Dworkin, de impossibilidade de ponderação entre princípios e diretrizes políticas, até porque tal ideia acabaria amesquinhando os direitos sociais e econômicos, sempre dependentes de políticas públicas para a sua implementação, as quais podem importar em necessidade de restrição das liberdades individuais. (SARMENTO, 2004, p.85).

singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

Ainda na lição de Barroso (2005), sabe-se que esse momento pós positivista, visa sustentar o Direito além da norma puramente escrita, mas de um modo que esta não seja ignorado, e que essa norma escrita seja acompanhada de preceitos morais, que são inerentes ao homem. Ao final dessa mescla entre norma e princípios, buscar-se-á a justiça.

O novo constitucionalismo se funda em alguns baluartes, o primeiro é a supremacia da Constituição, o segundo firma as figuras dos direitos fundamentais de natureza Princípiológica-deontológica em conformidade com a norma e ao final encontra-se a ideia judiciabilidade dos Direitos Fundamentais. Essa lição se encontra firmada na tese de Canotilho (1999 p. 357)

Explica que, independentemente das densificações e concretizações do princípio do Estado de Direito, que se encontra implícita ou explicitamente nos textos constitucionais, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: 1) juridicidade; 2) superioridade material da constituição; e 3) direitos fundamentais.

Ao buscar amparar o direito da coletividade, vem a lume os direitos fundamentais, que tem por escopo proteger os direitos difusos, uma vez que o legislador de uma Constituição passaria a os consagrar em um rol específico e de extrema essencialidade para a proteção dos chamados direitos de terceira geração, efetivando assim uma das características no chamado Neoconstitucionalismo.

Ocorre que ao se falar em direitos fundamentais, esses em sua essência são dotados de natureza Princípiológica, e neste ponto do Direito , onde se fala em pós-positivismo, é de suma importância para a concretização da norma Constitucional. Também nesse sentido, na lição de Alexy, por ter características principiológicas, deveria ser resguardado na Lei Máxima.

Nesse jaez, aduzem Cardematori e Martins (2007, *online*):

Nessa esteira, podem ser destacadas as teorias de Robert Alexy e Klaus Günther, que primam por expressar um tratamento jurídico adequado dos princípios constitucionais, ante ao problema acima exposto. Ambos os autores buscam, no âmbito de suas teorias principiológicas, o desenvolvimento de um padrão de ponderação, no caso de Alexy, e aplicação coerente de princípios, segundo Günther, abertos a dimensão axiológica, que não comprometa o nível de racionalidade formal do direito. Além disso, ambos os autores tecem um panorama sobre a concepção e o

papel dos princípios e o seu conteúdo baseado nos direitos fundamentais, bem como, é perceptível a influência da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas na polémica travada por ambos.

Acerca da supremacia da Constituição, é observado que há a necessidade do Estado estar balizado por uma norma superior, ou lei suprema, que desta será destrinchado os demais ramos do direito. Uma vez que esta norma suprema, será a norma reguladora, na qual estarão fixados limites e princípios fundamentais para a regulamentação de um ordenamento jurídico saudável.

Nesse jaez, Sanchis (1998, p. 35) asseverou:

Una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier otra norma y, sobre todo, con un contenido preceptivo verdaderamente exuberante de valores, Principios y derechos fundamentales, en suma, de estándares normativos que ya no informan sólo acerca de “quien” y “como” se manda, sino en grande parte de “que” se puede o debe mandarse.

No mesmo sentido de que a Carta Constitucional deve ser ponto inicial de um ordenamento jurídico, assinala Binenbojm (2008, p. 63):

[...] toda legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica. Tal concepção, que vem sendo rotulada como Neoconstitucionalismo, impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional. Trata-se de uma verdadeira filtragem constitucional do direito, de modo a reinterpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que esta consagra

Denota-se que o modelo neoconstitucional, passa a adotar a constituição como núcleo do ordenamento, se tornando parte fundamental, e regente de todo um sistema.

Ao se falar em judiciabilidade dos Direitos Fundamentais, observa-se que com o fenômeno do Neoconstitucionalismo, possibilitou que os Direitos Fundamentais poderiam ser conquistados por meio de ato judicial. Quer dizer então, que ao ser descumprido tais preceitos fundamentais, poderá o indivíduo buscar a sua efetivação por meio da provocação junto ao judiciário.

No que se refere a esse tema mencionado, Naranjo de la Cruz (2000, p. 199), para quem:

[...] los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva e objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables

en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares.

Ainda, nas características desse movimento do Direito, vale ressaltar a questão da democracia, que se faz muito importante para caracterizar um ordenamento jurídico que está baseado nos parâmetros estabelecidos pelo Neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, Vital Moreira (2001, p. 316) ensina: “não de qualquer Constitucionalismo, sim do Constitucionalismo de raiz democrática baseado nos princípios do Estado de Direito e da democracia representativa”.

Então no que tange à característica democrática, esta por sua vez tem a função de balizar a formulação de um sistema jurídico pautado na soberania do povo, mas este dogma não surge do novo constitucionalismo, contudo tem nesse movimento a sua reafirmação na consagração das normas estatais. Já que o modelo neoconstitucional requer a proteção do interesse da coletividade, então notava-se a essencialidade da inclusão do princípio democrático ao se legislar.

Vistas as características do Novo Constitucionalismo, faz-se necessário vislumbrar a consagração deste advento do Direito no Brasil. Essa virada linguística do Direito só efetivada no Brasil a partir da consagração da Constituição Federal de 1988.

Uma vez que se passaram por anos sombrios, o Direito brasileiro com a promulgação dessa atual Constituição vislumbra em seu corpo a figura dos Direitos Fundamentais, não unicamente vistos como princípios abstratos, mas passam a ser percebidos pelo prisma de sua normatividade, ou, como já visto, de sua judiciabilidade.

Também vale ressaltar que essa nova Constituição brasileira tem como característica primordial a efetivação da democracia como preceito essencial à estruturação do novo Estado de Direito.

Sobre o tema Barroso (2005, p. 18) leciona:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a

Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Diante o exposto resta claro que o Neoconstitucionalismo representa um novo paradigma do Direito Pátrio ao refundar Estado sob novas bases. Por primeira vez na história brasileira, tem-se um Estado estruturado em valores morais e na máxima efetivação dos direitos fundamentais. A seguir, cumpre analisar os reflexos do Neoconstitucionalismo em áreas como a compreensão dos direitos fundamentais e questionar as construções epistemológicas no que se refere à clássica dicotomia entre interesses públicos e privados na seara do Direito Administrativo.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 NOÇÕES PRELIMINARES

Primeiramente, faz-se necessário entender o que seriam tais direitos fundamentais. Nota-se que o conceito adotado é que são os ditos mínimos para a existência digna do indivíduo.

Para Sarlet (2005, p. 35 e 36):

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoca caráter supranacional.

Contudo, não bastariam ser considerados meios a dignificar a vida, estes merecem uma positivação na norma jurídica. Neste aspecto é perceptível que para a consagração desses direitos, não poderiam estes ser elencados somente como princípios, ou seja, só é consagrado direito fundamental aquele que é incorporado a norma máxima de um Estado. Desde modo distinguindo-se de direitos humanos¹².

Conforme restará evidente, direitos fundamentais e os diversos momentos da teoria constitucional representam ambos parte de uma única história de conquistas e transformação de significação. Com efeito, os traços definidores das diversas teorias

¹²As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espácio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO 1998, p. 259). Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional (PEREZ LUÑO 1999, p. 48). Os direitos humanos são, de um lado, elementos essenciais de cada ordem jurídica nacional. De outro, eles ultrapassam o sistema nacional. Essa superação do sistema nacional diferencia-se em dois aspectos: um substancial e outro sistemático. Os direitos fundamentais ultrapassam o sistema nacional de forma substancial porque, se eles devem fazer jus às exigências que lhe são estabelecidas, não de contemplar os direitos humanos. Os direitos humanos, porém, tem uma validade universal, independentemente de qualquer positivação. (ALEXY, 2009, p. 1)

constitucionais se distinguem justamente no que se refere ao prisma do direito fundamental que, naquele cenário político-jurídico é posto em evidência.

Nesse diapasão, cumpre fazer uma análise histórico-evolutiva dos direitos fundamentais em consonância ao do movimento constitucional moderno.

Ora, como já visto, o momento de estopim para o surgimento do constitucionalismo moderno foi a revolução francesa, observado este na sua fase inicial, a qual seja a liberal. No que diz respeito à revolução francesa, esta é tida como marco importante, e há quem diga que este é o momento para a criação dos direitos fundamentais. Nesse diapasão COMPARATO (2001, p. 50):

[...] enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica do que em estimular igual movimento em outras colônias europeias, os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos.

Tal momento é considera o marco dos direitos fundamentais, pois essa referida revolução traz consigo os ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Esses ideais deram força para a iniciação do pensamento acerca dos direitos fundamentais.

Também, a medida que o constitucionalismo ia alterando suas bases, os direitos fundamentais também iam se adequando as essas mudanças, e assim apresentando as várias dimensões conhecidas desses direitos. Mas na lição de Bonavides (2002), essas dimensões se destoam dos lemas da já referida revolução, os quais sejam liberdade, igualdade e fraternidade

Essa variedade de dimensões representa o aspecto dos direitos fundamentais pela qual o Estado tutelava com maior incidência à época, vale salientar, que tal tema será melhor apresentado a seguir, no tópico das dimensões.

2.2 ASPECTOS EVOLUCIONAIS

2.2.1 Primeira dimensão

As dimensões, como já dito, consagram a gama de irradiação dos direitos fundamentais. Então faz-se necessário a percepção de que o Estado, em dados momentos dimensionais, tinha um interesse de agir.

Nesse diapasão, insta salientar que o momento em que caracteriza a consagração dessa primeira, estaria firmada no mesmo momento em que o constitucionalismo liberal está em ascensão. Pois como é sabido, tal época, consagra o Princípio da Liberdade – da revolução francesa (BONAVIDES, 2002), ou seja, época em que o Estado pouco se impunha.

Tal momento, se consagra pela não interferência do Estado, mas este ainda deveria ser o garantidor das liberdades individuais. Oliveira Junior (2000, p. 85), leciona que esse período possui

[...] um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.

Nesse período o que se tinha era unicamente a efetivação do direito privado, ademais cumpre falar que o Estado, só se fazia presente nas relações individuais, a qual o indivíduos recorriam a este para garantir seu direito.

Ainda, vale ressaltar que marca o período em que o Estado garantia a liberdade negativa. Tal conceito, apresentava ao Estado o limite de sua atuação, ou até mesmo a não interferência deste (SARMENTO, 2008).

Período este que marca o início da participação popular, marcando um passo a diante rumo a consolidação da democracia.

Nota-se que nesta primeira dimensão, o que se buscava amparar era a liberdade acima de tudo, pois foi época da superação do Estado Monarca Absolutista, que demais se impunha diante aos indivíduos, interferindo em sua liberdade.

2.2.2 Segunda dimensão

Aqui nesse momento, é marcada a passagem para o constitucionalismo social, em que o Estado enxergou a necessidade de amparar seus cidadãos. Acentuando assim o conceito de Igualdade, que surgiu ainda na revolução francesa.

Por almejar a igualdade, na lição de Marmelstein (2008) o Estado passa a ser o provedor, assim interferindo ao máximo nos diversos aspectos da vida em

sociedade. Nesse contexto é suprimido o conceito de liberdade anteriormente protegido pela primeira dimensão.

Nesse período, o Estado extingue-se a ideia de não interferência que havia se consagrado na primeira dimensão. Nesse esqueque, o Estado modificou totalmente esse ideal, uma vez que este acreditou ser necessária a interferência total, por acreditar esta ser medida que poderia extinguir a desigualdade gerada pelo capitalismo no modelo anterior de constitucionalismo.

Ainda nesse período o Estado, por meio dessa interferência, visava garantir os direitos sociais, mecanismo de efetivação dessa interferência estatal, diante aos seus administrados. Nesse esqueque Herkenhoff (2002, p. 51):

[...] a afirmação dos “direitos sociais” derivou da constatação da fragilidade dos “direitos liberais” quando o homem, a favor do qual se proclamam liberdade, não satisfaz ainda necessidades primarias: alimentar-se, vestir-se, morar, ter condições de saúde, ter segurança diante da doença, da velhice, do desemprego e dos outros percalços da vida.

Ocorre, contudo, que tal modelo se tornou caótico, ao passo, em que o Estado se via totalmente provedor, porém se tratava da época em que o positivismo da norma imperava. Por esse positivismo, o Estado era gerenciado de forma errônea, muitas vezes suprimindo a participação do povo, e elevando o poder de *imperium* do Estado.

Também, tal modelo de atuação estatal, se via ineficaz, por vezes em que este não poderia amparar a todos que estavam sob sua vigilância, assim instaurando crises¹³ locais, nas quais o Estado também se via desamparado.

Como observado, a segunda dimensão dos direitos fundamentais, tem como escopo a intervenção do Estado, como superação do conceito liberal, que previa as liberdades negativas. Aqui, marca a característica do Estado como provedor, e que

¹³ Una vez vivida la gran crisis de 1929, cuyos efectos también tuvieron reflejo en el Derecho Penal, la reconstrucción posterior al 29 requiere, como lucida e influeyentemente pensara Keynes, sumprir el riesgo en las inversiones que pudiera generar una situación abocada al crack. El Estado asume, a partir de entonces, la función de garante de las convenciones económicas fundamentales en un intento de superar el riesgo en las inversiones 1591 mediante la planificación, prefigurando el futuro según las expectativas de presente e incorporando lo económico a lo jurídico. Se pone así fin a las vicisitudes del Estado de Derecho como maquinaria de poder orientada a la tutela de derechos individuales. Éstos pierden su puesto prioritario en el horizonte de los proyectos de un Estado que, al invadir nuevas áreas, necesita también de nuevos instrumentos – incluidos los penales – para reforzar esa intervención (TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 97)

somente por meio deste se poderia consolidar a igualdade dos indivíduos, por meio dos serviços sociais como aprendido na lição de Sarlet (2001).

Observa-se que conquanto um período era marcado pelas liberdades negativas, essa segunda dimensão dava azo ao Estado para realização das prestações positivas.

2.2.3 Terceira dimensão

Nessa terceira irradiação dos direitos fundamentais, a sua aplicação foge do individual, extrapolando assim a figura do homem, aparando assim, tudo aquilo que posso interferir ao meio.

Nesse espeque, deve se falar que o escopo de atuação estatal, visa a proteção do homem, mas por mecanismos que os protejam na sua coletividade. Com esse entendimento, a terceira dimensão consagra o último elemento trazido pela revolução francesa, que é a Fraternidade. Acerca da fraternidade como novo paradigma do direito, Ghisleni e Spengler (2011, p. 26) afirmam: “a proposta fraterna é o embasamento teórico da mediação e das demais formas alternativas de resolução de conflitos sócias, pois insere uma cota de complexidade no primado do justo sobre o bom”.

Período este que marca a passam para o pós-positivismo, trazendo consigo o conceito de justo, e superando a extrema legalidade. Esta terceira dimensão surge a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais visa que o Estado como provedor não apenas dê ao seu povo, mas acima de tudo, deve condicionar um meio adequado para que se possa viver. Nesse sentido é que surge a figuras proteção coletiva.

Como base para essa terceira dimensão, a Fraternidade trazida pela Revolução francesa possibilita o surgimento do Jusfraterno, que representa um novo olhar para o direto conseguir um novo mecanismo de solucionar os conflitos. Nesse surge a figura dos direitos transindividuais ou metaindividuais, que se dividem em difusos coletivos estrito sensu e individuais homogêneos¹⁴.

¹⁴Atualmente, se concebe que os interesses metaindividual são aqueles que transcendem a esfera de direitos do indivíduo. Dessa forma, são considerandos os interesses difusos os transindividuais, de natureza indivisível e de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de

Nota-se que essa terceira dimensão se difere das duas primeiras no que tange ao seu alcance quanto a seus titulares. Conquanto as duas primeiras sempre visavam proteger o direito do homem, nessa vê-se que primeiramente este deve ser considerado um ser humano, uma vez que por meio de sua irradiação propiciará o mínimo existencial, para posteriormente poder requerer ao Estado seus direitos não garantidos.

2.2.4 Quarta e quinta dimensão.

Estas duas últimas dimensões dos direitos fundamentais são temas novos, advento do grande avanço tecnológico científico. Nesse aspecto é visível que rompe a clássica teoria, que unicamente se dividia em três dimensões, baseados no conceito de liberdade (primeira), igualdade (segunda) e fraternidade (terceira).

Nesse sentido, faz-se necessária mencionar o alcance desta quarta dimensão. Por sua vez essa quarta dimensão vem se evoluindo em conjunto com o desenvolvimento tecnológico, e nesse espeque, busca amparar direitos relativos a tais evoluções. Se faz então presente essa dimensão no que diz respeito ao direito relativo à ciência no que se refere a genética, engenharia, desenvolvimento humano, etc (BOBBIO, 2004).

No último contexto dimensional, é questão ainda a se chegar um claro consenso, uma vez que pode esta estar relativo à questões acerca da paz, ou até mesmo acerca de questões relativas ao meio virtual, ou seja o Direito Cibernético.

Bonavides (2006, p. 85) elenca:

Tão característico e idôneo quanto à liberdade o fora em relação aos direitos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta e doravante a paz há de ser com respeito aos da quinta. De último, a fim de acabar com a obscuridade a que ficara regalado, o direito à paz está subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos humanos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior.

Nota-se, que desde a primeira dimensão, o que se enxerga é a relativização do conceito em consonância ao desenvolvimento humano, e a características

fato, interesses coletivos como os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e interesses individuais homogêneos os decorrentes de origem comum. (BELINETTI, 2005)

específicas das sociedades, a medida em que vão se passando os anos. Ao final sempre essas dimensões buscarão sanar uma falha existente em cada contexto.

2.3 ASPECTOS EFICACIONAIS.

Aspectos eficacionais representam o modo como os comandos contidos nos Direitos Fundamentais vinculará uma relação Estado-indivíduo ou uma relação entre particulares.

Nesse sentido, vale destacar qual o momento de sua aplicabilidade, ou seja, em que situação a partir de seu advento na Constituição de um Estado é que iram surtir efeitos no mundo jurídico daquele local. Daí, surgem as figuras das diferentes eficácias, as quais sejam: eficácia mediata/imediata e integral e não integral.

Desse contexto eclodem o que é conhecido de normas de eficácia imediata, diretivas e programáticas.

2.3.1 Eficácia Vertical

A eficácia vertical está caracterizada na relação Estado e cidadão, no que diz respeito à aplicabilidade dos Direitos Fundamentais, ou seja, o limite que é dado ao Estado para gerir estes Direitos.

Percebe-se então que o Estado não basta simplesmente incluir no rol de sua Constituição, deve este também, estar respeitando tais princípios-normas, com o intuito de atingir sua efetivação. E diante a relação público e privado, é notável que este não basta ser o aplicador da norma, mas sim, deve ser o garantidor dessa norma.

Marinoni (2004, p. 168) ilustra a eficácia vertical dos direitos fundamentais da seguinte forma: “as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade.

Nesse espeque, entende-se que o Estado deverá garantir o a inviolabilidade dos Direitos fundamentais, seja na relação privado versus privado, mas também na relação público versus privado. Ou seja, cabe ao Estado impor a observância deste conjunto normativo, e também ser subordinado à essas limitações.

2.3.2 Eficácia horizontal

Vale destacar a questão da eficácia horizontal, a qual, diferente da anterior, diz respeito aos direitos fundamentais em proteção as relações entre individuais, ou seja, se distanciando da relação estado e cidadão.

Nota-se que o rol dos direitos fundamentais são irrenunciáveis, mesmo em se tratando de acordo de vontade entre particulares, tal vem como consectário lógico da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, insta salientar, atualmente recebe respaldo na jurisprudência pátria. Nesse diapasão.

EMENTA: Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido .I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do

sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso Extraordinário desprovido.

Pensar em eficácia horizontal significa compreender que os direitos fundamentais irradiam comando imediatos- Estado/indivíduo- mas também o fazem de forma mediata- indivíduo/indivíduo – de forma que “los derechos fundamentales em su doble vertiente subjetiva e objetiva constituyen el fundamento del entero ordenamento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana” (Naranjo De La Cruz, 2000, p. 199).

2.4 APLICABILIDADE DIANTE DA CRFB/88

Apresentado as principais características dos direitos fundamentais, e suas gamas de atuação, se faz necessário mencionar quanto a sua efetivação no ordenamento jurídico brasileiro.

Nota-se que no Brasil foi tardia essa efetivação dos Direitos Fundamentais, e a partir do conhecimento da terceira dimensão, se passaram cinco outras Constituições e uma emenda em 1969. Num período em torno de 50 anos pouco se aplicava tais direitos.

Também, nesse período, o constitucionalismo brasileiro passou por momentos obscuros, no qual houveram regimes políticos ditatoriais, o qual desconfiguraria a característica de um Estado Constitucional. E por último houve o tão conhecido golpe de Estado, realizado pelos militares.

Nesse sentido, colaciona Abreu (2006, p. 8):

No nosso país, iniciou-se um processo de redemocratização em 1985, depois de 21 anos de um regime excepcional iniciado com o golpe de 1964 que desembocou na promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual não apenas estabelece um regime político democrático, como propicia um grande avanço no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

A princípio, o regime político que este golpe de 1967 impunha ao Estado não é compatível com o que consagram as Direitos Fundamentais. Também nesse período, não só pelo modo de Estado em que se encontrava o Brasil, mas contudo, pelo modo em que eram geridos os direitos, pois não havia amparo e nem proteção aos indivíduos.

Nesse espeque, é visível que os direitos fundamentais foram jogados “à lona”, uma vez que o Estado com extremo caratê de *imperium*, e sobre tudo, não respeitando os direitos individuais, não poderia ser considerado um Estado Constitucional, que se faz necessário para a consagração dos Direitos Fundamentais.

Também, não somente no que diz respeito aos direitos individuais, mas o que se observava, era a não proteção ao mínimo digno para a existência, do ser humano. E também o Estado com o único provedor e somente ele poderia regular as relações.

Nota-se nesse sentido, que a forma adotada nesse período só visava consagrar a segunda dimensão dos direitos fundamentais, mas de forma errônea, uma vez que o Estado não era assistencialista. Ainda mais, o que aconteceu, foi a destruição dos princípios e fundamentais que deram ensejo aos direitos fundamentais, os quais sejam: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

O advento dos Direitos fundamentais no Brasil, só é dado a partir do momento em que o Estado brasileiro passa a ser um Estado Constitucional. Isso só ocorre após a superação dessa fase ditatorial, que se apresenta com a concretização da Constituição Federal de 1988.

Uma vez promulgada essa nova Constituição, ela consagra em seu corpo os direitos fundamentais, não como fundamentos principiológicos, mas sim princípios/norma. Além do mais, a nova Constituição os traz como normas rígidas, assim sendo cláusulas pétreas.

E já no preambulo da Constituição Federal de 1988, é possível notar a presença do Direitos Fundamentais:

[...] para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias[...].

Ainda, no art. 5º, parágrafo 2º, temos que: “Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Também, o que caracteriza esse Estado Constitucional no Brasil, é a forma em que a Constituição é tida. Nesse espeque, sabe-se que ela é a norma soberana do Brasil, toda de superioridade das demais normas, ou seja, é perceptível que todos os ramos do Direito brasileiro estão subordinados a essa Constituição, inclusive o Direito Administrativo que é tema essencial para esta pesquisa.

Essa ideia de supremacia constitucional encontra em Hans Kelsen a maior voz, pois este enunciava que a Constituição Fundamenta todo ordenamento jurídico, funcionando como alicerce [...] essa superioridade da Constituição autoriza, portanto, a existência de um controle sobre as demais normas inferiores, ou seja, todas as demais leis estariam sujeitas ao crivo de compatibilidade da lei maior (MARTINS, 2010, p. 4712).

Pela subordinação dos demais ramos do Direito Brasileiro, e toda lei esparsa por consequência, estão intimamente subordinados aos Direitos Fundamentais elencados nessa nova Carta Constitucional.

Deste modo, e somente deste modo, com essa subordinação das demais leis/normas à Constituição, é que o Estado brasileiro poderia efetivar os Direitos Fundamentais.

3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

3.1 GÊNESE E DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA

Antes de mais nada, faz-se necessário o conhecimento da origem deste ramo do Direito, pode ocorrer de sua evolução se confundir com a do Constitucionalismo, pois tem origem similar, pois mesmo em tempos antigos, já havia o anseio de gerir um sistema, e a certo modo já existia uma organização, mas não o Direito Administrativo em si.

Observa-se então que o Direito Administrativo vem da necessidade de organizar, ou seja, administrar. Deste modo é observado que muitas civilizações antigas tinham alguma organização, mesmo que mínima, mas existia.

Nesse sentido preleciona Ronzani (2010 p. 05):

Da Grécia, chegaram notícias de alguma organização administrativa nas Cidades-Estado. Em Roma, conquanto fosse o Direito individualista e especialmente voltado para as relações entre cidadania, verificam-se preocupações quanto ao estabelecimento de normas regedoras da organização estatal e administrativa, enfocando aspectos funcionais, tributários e de polícia, que passaram a integrar o *ius publicum*.

Nota-se então, que tal ramo do Direito, visa regular, gerir um sistema, mesmo que aquela época não era predominante a norma escrita, mas sim a moral e os costumes. Desse modo é percebido que o Direito Administrativo estava também implícito como norma moral.

Contudo, observa-se que o surgimento do Direito Administrativo se dá de forma mais efetiva na transição do século XVIII para o XIX, e principalmente na França, onde houve a revolução do povo local. Sempre pautado nos ideais iluministas, que consagrou a revolta do povo, contra a obscuridade do poder do Estado, e principalmente contra a figura do monarca. Inaugurando assim o Estado moderno e trazendo consigo muitas evoluções no Direito, e uma seria o surgimento do Direito Administrativo.

Nesse sentido aduz Meirelles (2006, p. 51):

Na França, após a Revolução (1789), a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais veio ensejar a especialização das atividades do governo e dar impertinência aos órgãos incumbidos de realizá-las. Daí surgiu a necessidade de julgamento dos atos da

administração ativa, o que inicialmente ficou a cargo dos Parlamentares, mas posteriormente reconheceu-se a conveniência de se desligar as atribuições políticas das judiciais. Num estágio subsequente foram criados, a par dos tribunais judiciais, os tribunais administrativos. Surgiu, assim, a Justiça Administrativa, e, como corolário lógico, se foi estruturando um Direito específico da Administração e dos Administrados para as suas relações recíprocas.

Como é sabido, tal movimento marca o período em que se inicia o Estado de Direito (BINENBOJN, 2008), fase em que marca o império da lei, e marcando assim por consequência o início das codificações da norma, que possibilitou a construção de um direito que regularia a atuação do Estado.

Também, este período ficou marcado pela busca da descentralização dos poderes do Estado, o qual se via aprisionado em uma única figura, como já mencionado estava concentrado no monarca. Nesse sentido surge a figura da separação dos poderes, que além de possibilitar a expansão deste, possibilitou também a criação desse novo ramo da ciência jurídica.

Nota-se então que a expansão desse direito se manteve reprimida a medida em que o absolutismo estava em ascensão, uma vez que o poder se encontrava totalmente centralizado é uma só pessoa, o soberano. Tal ramo só passa ter maior observância, a partir do momento em que se cogita em falar de tripartição dos poderes, nas lições de Montesquieu. Assim menciona Meirelles (1999, p. 40):

O impulso decisivo para a formação do Direito Administrativo foi dado pela teoria da *separação dos poderes* desenvolvida por Montesquieu, *l'esprit des Lois*, 1748, e acolhida universalmente pelos Estados de Direito. Até então, o absolutismo reinante e o enfeixamento de todos os poderes governamentais nas mãos do Soberano não permitiam o desenvolvimento de quais quer teorias que visassem reconhecer direitos aos súditos, em oposição às ordens do Príncipe. Dominava a vontade onipotente do Monarca, cristalizada na máxima romana "*quod principi placuit legis habet vigorem*", e subsequentemente na expressão egocentrista de Luís XIV: "*L'État c'est moi*".

Percebe-se que então a separação dos poderes foi ponto essencial para consagração do Direito Administrativo. Uma vez que houve a separação dos poderes em judiciário, legislativo e executivo, uma vez que ao apartar a função executiva do Estado, percebe-se que há a possibilidade e também a necessidade da criação de um ramo do direito para ditar e regular a executividade das atividades estatais.

Nesse mesmo lapso temporal, em outras nações o Direito Administrativo começaria a surgir, uma vez que os doutrinadores passaram a esboçar alguns

traços do surgimento do Direito Administrativo, contudo a expansão do Direito Administrativo com maior representatividade com os doutrinadores franceses e também foi de suma importância a jurisprudência do Conselho de Estado francês. Como explica Medauar (2011, p. 40):

Na segunda metade do século XIX foi-se consolidando a sistematização do Direito Administrativo. Contribuíram para tal, principalmente, jurisprudência e obras de autores franceses, italianos e alemães. Formou-se um núcleo básico do Direito Administrativo, com os seguintes temas, principalmente: autoridade do Estado; personalidade jurídica do Estado; capacidade de direito público; ato jurídico unilateral e executório; direitos subjetivos públicos; interesse legítimo; jurisdição administrativa; poder discricionário; interesse público; serviço público; poder de polícia; hierarquia; contratos administrativos.

Vale ser mencionado acerca do desenvolvimento desse ramo do Direito no Brasil. De início, o Brasil se valia da doutrina europeia para reger seu sistema administrativo, mas em meados de 1851, cogitou-se ser ministradas essa matéria nas faculdades de Direito de São Paulo e Recife. Mas somente em 1857 surge a primeira doutrina brasileira a tratar do assunto, cujo o autor foi Vicente Pereira do Rego, que escreve a obra *Elementos de Direito Administrativo brasileiro comparado com o Direito Administrativo francês segundo o método de P. Pradier-Fodéré*. Nesta obra o autor utiliza-se do doutrinador francês para nortear seu trabalho no que diz respeito a ordem da matéria e colher os princípios que norteiam a matéria (MEDAUAR, 2011).

Uma série de outros autores, próximo desse mesmo período de tempo, lançaram obras também no mesmo sentido de ensinar sobre o Direito Administrativo, e dar um impulso a esse ramo recente do Direito. Nota-se que essas obras são dotadas de uma semelhança, pois ambas estavam fundamentadas em doutrinas francesas.

Então é perceptível que a doutrina francesa, é de extrema importância para a iniciação dessa matéria no ordenamento jurídico brasileiro, contudo não foi a única inspiração dos autores, ao passo que as doutrinas portuguesa, espanhola e belga também contribuíram para a construção dessa matéria, assim leciona Medauar (2011, p. 42):

Nesse grupo de iniciadores da doutrina do Direito Administrativo pátrio, nota-se predominante influência francesa, vindo em seguida, a portuguesa, a espanhola e a belga, não somente pela bibliografia citada, mas em virtude do teor dos temas expostos. Tis obras refletem ideias típicas do século XIX

no tocante ao Estado, à natureza da atividade administrativa, ao Poder Executivo, ao Estado e sociedade, por exemplo. A partir daí o Direito Administrativo pátrio se desenvolve e se consolida com predomínio da minha francesa, seguida da italiana e da alemã. Para tanto, além dos valiosos trabalhos doutrinários em livros e artigos, contribuíram os tribunais do Judiciário, com decisões de relevo que fixaram diretrizes fundamentais na matéria.

Ainda na lição de Medauar (2012, p. 42), o Direito Administrativo Brasileiro se consolida em base predominantemente francesa. Mas vale ressaltar que faz parte da linhagem desse ramo do direito no Brasil, os dogmas e doutrinas alemães e italianos.

Nota-se que a criação do Direito Administrativo é recente em comparação com os demais ramos do Direito. Talvez por essa criação recente, esta ciência jurídica em muitos países não está codificada. Também se justificaria pelo fato de seu advento ser dada na época da ascensão do Direito privado.

Nesse espeque Amora (1962) leciona: “No Brasil, o raciocínio dos tratadistas é quase sempre o mesmo: as matérias a regular são numerosas e de variadas espécies e, a demais, sendo o Direito Administrativo de formação contemporânea, a sua codificação é impossível”.

No Brasil não é diferente o tratamento dado à essa seara do Direito, uma vez que não há um código específico para este ramo. Todavia, mesmo não tendo uma legislação agrupa em um só código, o Direito Administrativo é firmado por meio de muitas leis esparsas, e hoje, a Constituição Federal de 1988 tem em seu texto muitos dispositivos que regulam a atuação da administração.

Ainda nesse sentido, o Brasil por adotar o modelo de Estado federativo, e por consequência o poder se encontra desconcentrado por meio da repartição de competência, a qual os estados membros têm a competência para legislar e administrar, então cada um desde poderá reger sua administração conforme a necessidade local. Assim aumentando ou diminuindo a gama de atuação da Administração Pública, tornando assim mais dificultoso e complexa a codificação deste ramo do Direito.

No que tange aos pilares do Direito Administrativo, antes do advento da Constituição Federal de 1988, todo ato da Administração Pública era justificado por questões principiológicas, e é de extrema valia para essa pesquisa citar a lição de

Melo (2004), que lança a expressão: pedras de toque do Direito Administrativo¹⁵. Essa expressão se refere aos dois primeiros baluartes deste ramo do Direito, os quais sejam: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público.

Tais princípios são fundamentais para a regência desta área do Direito, uma vez que todos os atos da administração devem ser pautados sob o manto desses supra princípios. Então todos os atos que afastem esses princípios, são eivados de vício, uma vez que só se justificariam pela observância dessas diretrizes.

Também, ao se legislar acerca de questões administrativas, devem ser levados em conta essas regras estabelecidas, já que a norma vem para ser aplicada ao caso concreto, deve essa ser subordinada aos princípios basilares desta ciência jurídica.

Sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro dispõe que “esse princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ela inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação” (2006, p. 65).

Ao se falar em supremacia de interesse público, este é que justifica a atuação estatal frente ao interesse individual, ou interesse privado. Deste modo nota-se que esse princípio faz com que a Administração Pública extrapole os limites do individual, sempre almejando o fim coletivo.

Mas vale ressaltar que a atuação estatal diante ao administrado, só é amparada por esse princípio quando de fato o ato prático for de interesse público, ou seja, se for utilizada a máquina estatal para a desapropriação de um bem particular, por interesse particular de um agente público, este ato está eivado de vício.

A supremacia do interesse público frente ao privado é notada quando é em uma situação verticalizada, o Estado se utiliza do poder de *imperium*¹⁶ para no caso concreto limitar o interesse particular em prol do coletivo. Como exemplo dá-se a

¹⁵ ... mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico.

¹⁶ Entende-se o poder de *imperium* como o poder dominante e típico dos Estados Soberanos, exercido de maneira imperativa, não existindo outra forma de poder que concorra com este. É o poder originário que legitima a elaboração e aplicação de leis, diante de determinado povo, nos limites de determinado território.

desapropriação do bem particular em favor do interesse público, conforme estampado no artigo 5º inciso XXIV da Constituição Federal¹⁷.

No que tange ao segundo baluarte elencado como pedra de toque, a indisponibilidade do interesse público versa pela impossibilidade do gestor dispor do bem público, mais que isso, não pode se desvincular do interesse público.

É notável que a atuação do gestor estaria limitada a disponibilidade/indisponibilidade do bem, no caso, por ser mero gestor de um bem indisponível, estará o gestor impossibilitado por deliberação própria dispor do bem público.

Também no mesmo sentido, refere-se aos atos do administrador, ora que todo ato deste deverá ser pautado pela norma reguladora, podendo ser este discricionário ou vinculado, a depender da margem de liberdade conferida em lei ao gestor público, diferindo-se aos atos particulares, pois estes serão possíveis, ou legais, desde que norma não os proíba.

Neste ponto, observa-se que a atuação da administração é pautada por esses dois supra princípios, destes se desmembram outros, os quais sejam: Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Vale ressaltar que esses princípios só se tornam efetivos após a promulgação da Constituição de 1988.

Questão relevante para esta pesquisa, está pautada na dicotomia irradiada pelas pedras de toque. Pois como é observado em ambos os princípios sempre prevalecerá a vontade estatal, e assim deixando em segundo planos as questões individuais. Questões essas que antes do advento da Constituição Federal de 1988, não eram observadas, assim possibilitando a atuação imperiosa do Estado frente aos administrados.

A teoria das pedras de toque, que impõe uma relação verticalizada entre Estado e particular, é consequência da clássica dicotomia entre o público e o Privado. A esse respeito, nota-se a divisão do sistema em público e privado, quanto aquele regula as atuações estatais, com a finalidade de se concretizar o interesse público, este último visa a regular os atos individuais.

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição ;

Nesse sentindo, Sampaio (2010, p 138) leciona:

Ora, como vimos, a tradição é rica na formação de tais *topoi* ou lugares comuns. A própria frase de Ulpiano é um ponto de partida de várias possibilidades: de um lado, a *civitas romana*; de outro, os particulares como sujeitos distintos; de um lado, o interesse, a utilidade dos particulares; de outro, o da *civitas*; de um lado, a *precedência*, até no estado da coisa romana; de outro; o caráter menor da utilidade dos particulares.

Mas ocorre que essa separação entre público e privado não é absoluta, pois existe a possibilidade da atuação estatal interferir no bem privado, ou vice-versa, caso um ato de um indivíduo afete a Administração Pública. Nesse ponto, questiona-se qual interesse seria levado em conta no caso concreto.

Para a discussão acima, observa-se que pré-Constituição Federal de 1988, o que seria levando em conta, seria puramente a vontade soberana do Estado, uma vez que estaria sendo respeitado os dogmas elencando no sistema da época.

Com essa dicotomia elencada, faz-se necessário questionar, se no sistema vigente atual, pós Constituição Federal de 1988, ainda prevalece o interesse puramente estatal. Ainda nesse aspecto, vale questionar se pela atual Constituição brasileira, pautada pelos baluartes do modelo Neoconstitucional, se as questões principiológicas ponderariam o interesse individual diante ao interesse coletivo.

3.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA PÓS CRFB/88

Como já elencado, as fases do constitucionalismo moderno demonstram sua característica mais marcantes, ora que essas trazem impactos na relação Estado e cidadão.

A primeira fase, como já conhecido é o Constitucionalismo Liberal. Esta fase é marcada pela era em que o Direito Privado foi o ramo jurídico dominante, no qual o Estado pouco limitava e pouco se impunha diante ao povo, marcando principalmente o desenvolvimento do Direito Civil, nessa época segundo Sarmiento (2008, p. 54) negava-se a força normativa da Constituição. Vale dizer, esta consistia apenas em mero caráter ideológico. Daí surge a noção de Constituição como mera folha de papel, tal qual esboçado por Lassale.

Já no que diz respeito a segunda evolução do constitucionalismo moderno, vale lembrar que esta fase traz consigo o conceito de positivismo, ou seja, o império da norma rígida em sua aplicabilidade, mas também, é o período que marca

a percepção da Constituição como norma máxima de um ordenamento jurídico. Na lição de Hesse, nega-se a visão da Constituição como manifestação ideológica do poder – Lassale -, bem como na forma de norma hipotética dissociada de valores axiológicos-Kelsen. Com efeito, a partir de Hesse se reconhece a força normativa da Constituição como epicentro de todo ordenamento jurídico (SARMENTO, 2008).

Ainda nesse período, vale destacar a questão de o Estado relativizar as questões privadas, dando condão para o retorno do conceito de soberania do Estado frente ao privado. Como visto, a questão individual nesse período, foi substituída pela questão social. Deste ponto, surge tema essencial para a pesquisa, os quais sejam, as pedras de toque do Direito Administrativo, que demonstra de forma hialina essa característica de *imperium* na relação público e privado.

Após esse período em que contemplou o positivismo da norma, surge a advento do pós-positivismo, que traça os parâmetros primeiros do Neoconstitucionalismo, e imprime ao Direito um novo paradigma.

Por sua vez o neoconstitucionalismo combina os ideais da supremacia material da constituição, dotada de força normativa, como visto, e a natureza axiomática de seu conteúdo, que deve ser compreendido como comandos de máxima efetivação de direitos fundamentais.

Como já visto, as pedras de toque do Direito Administrativo foram, e são fundamentais para a atuação e gerencia da máquina estatal. Contudo, observa-se que tais pilares administrativos trazem à tona a clássica dicotomia entre público e privado.

Mas como observado, o modelo constitucional adotado antes de 1988, sempre deu à administração o poder de *imperium*, fazendo com que o anseio da administração, ou seja, a vontade coletiva extrapole o individual. Deste modo nota-se que o interesse público sempre prevaleceria diante ao interesse privado, sob o manto das antigas Constituições vigentes à época (ARAGÃO, 2004).

Nos dias atuais, essa clássica dicotomia vem a lume, uma vez que com o advento da Constituição Federal de 1988, é trazida uma nova gama principiológica ao ordenamento jurídico brasileiro. Por esse motivo, torna-se questionável esse caráter de *imperium* estatal, também, questiona-se até que ponto a atuação estatal pode interferir no interesse privado.

Como é sabido, a Constituição vigente no Brasil é firmada sob os baluartes neoconstitucionais. Essa característica neoconstitucional traz uma série de preceitos

fundamentais, marcando aqui a passagem do positivismo para o pós-positivismo (BARROSO, 2005).

Essa virada linguística no Direito pátrio, traz o que é conhecido com constitucionalização do Direito, ou seja, todos os ramos jurídicos devem estar subordinados aos ditames constitucionais.

Com o Direito Administrativo não seria diferente, por ser subordinado à Constituição, este deverá ser regido sob o manto dos novos paradigmas impostos por essa nova Carta Constitucional.

Esses novos preceitos constitucionais, trazem grande mudança no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito às questões principiológicas. Essa nova constituição traz em seu corpo princípios com força normativa, não sendo somente princípios norteadores.

Muitos desses princípios têm o escopo a proteção individual do homem, trazendo assim a discussão acerca da clássica dicotomia entre público e privado. Vale lembrar que anteriormente à Constituição Federal de 1988, o que prevalecia era a vontade suprema do estado. Contudo nesse modelo atual, questiona-se a aplicabilidade ao caso concreto das já referidas pedras de toque do Direito Administrativo.

E o que o presente trabalho vem discutir, é acerca dessa clássica dicotomia entre público e privado sob nova ótica apontada pelos preceitos neoconstitucionais. Trazendo as seguintes hipóteses:

1- Uma vez sendo fundada a Administração Pública no princípio da supremacia do interesse público, havendo conflito entre este e o direito fundamental, justifica-se mitigar a irradiação de efeitos dos direitos de natureza privada, tendo por base o fato da supremacia do interesse público servir como sustentáculo do Direito Administrativo moderno.

Nessa primeira hipótese elencada, observa-se ainda a questão das pedras de toque do Direito Administrativo, ora que esses dão condão para a atuação administrativa.

Contudo, cumpre salientar, que no modelo constitucional atualmente adotado pelo Brasil, não é totalmente cabível em se falar em supremacia do interesse público frente ao interesse privado. Pois com a nova redação dada pela Constituição Federal de 1988 o Direito brasileiro passa a consagrar a figura dos direitos fundamentais já comentados.

Estes direitos fundamentais têm caráter protetivo, representando um mínimo necessário à vida digna do indivíduo. Desta feita, deve ser compreendido como conquista de gerações, de forma que no primeiro momento não cabe falar da sua limitação para satisfazer o interesse público.

Não obstante observa-se que hipótese em tela não merece prosperar na medida em que existem direitos protegidos pela lei suprema, a atuação administrativa se encontraria limitada frente a esses princípios que tem força normativa, e que protegem o interesse individual.

Ademais, admitir a prevalência da supremacia do interesse público sob os direitos privados, significaria negar os ganhos epistemológicos auferidos pelo Neoconstitucionalismo que, insta salientar, compreende uma máxima proteção indivíduo não apenas em face de outro indivíduo, mas principalmente dos braços imperiosos do Estado.

2- Os reflexos neoconstitucionais diante a questão de direito público, consagram a figura dos direitos fundamentais, deste modo fazendo com que a Administração Pública limite sua atuação no que se refere à supremacia do interesse público, representando a superação da dicotomia entre o direito público e o interesse privado.

Nessa hipótese, o que se busca consagrar é a prevalência dos direitos fundamentais sob o interesse público, ou seja, o indivíduo utilizar-se-á das prerrogativas constitucionais para garantir seu anseio frente ao interesse coletivo.

Noutro giro, deve-se considerar de maneira diversa ao que ocorre no Direito Civil, o Direito Administrativo tem como mister a tutela do interesse público. De fato, isso de sua essência, não cabendo pensar em supremacia de interesse privado, de forma indistinta, sob pena de desconfigurar todo regime administrativo pátrio.

Contudo, faz-se necessário ressaltar que tais prerrogativas individuais não têm condão de ultrapassar os limites do direito alheio. Nesse aspecto, os direitos fundamentais também vêm ao Direito tutelar o interesse da coletividade, como é observado em questões relacionadas ao meio ambiente e também nas relações consumeristas, como previamente vistos.

Então chega-se ao entendimento, que os direitos fundamentais não vêm ao mundo jurídico para estabelecer privilégios, mas tem a verdadeira função de garantir o mínimo para existência digna. Nesse aspecto cumpre falar que seria improprio fundar o interesse individual sobressaindo o interesse público, mesmo pautado pelos

dogmas dos direitos fundamentais, característicos do movimento neoconstitucional adotado pela Constituição de 1988.

3- Cabe ao aplicador do direito valorar, com base na proporcionalidade e razoabilidade, o que deve ser relativizado na constância de um conflito entre privado e supremacia do interesse público.

Essa última hipótese leva em conta que os direitos fundamentais possuem natureza axiomática, que tem como consectário lógico o fato de negar-se sua aplicação por meio da técnica *all-or-nothing*. Esta, deve limitar-se apenas na subsunção de regramento porquanto os princípios possuem carga de indeterminação que será completada no caso concreto (ALEXY, 2013).

Também, a partir do caso concreto é que poderá ser enxergado os meios a serem utilizados para a aplicação da norma. Desse ponto surge a figura da ponderação, que na lição de Binbenbojm (2008), é o meio mais adequado a se chegar a aplicabilidade mais justa da norma, na relação público e privado.

Ainda na lição de Binbenbojm (2008), em se tratando de Estado democrático, não há que se falar em outra coisa, a não ser um Estado Ponderação. Nesse jaez, cabe pensar que a norma neoconstitucional tem por escopo o equilíbrio, não cabendo falar em superação de um direito a outro.

Entende-se então, que ao se falar em interesse público, este deverá limitar-se ao interesse individual na medida em que este se configura como centro da tutela jurídica neoconstitucional.

Por outro lado, também não caberia se utilizar da doutrina do Constitucionalismo Liberal, uma vez que esse sempre prevalecia o interesse privado, individualiza. Pois num Estado neoconstitucional, encontra-se tutelado também o interesse da coletividade.

A ponderação permite, nesse sentido, observar qual dos dois extremos – interesse público e interesse privado – mais se aproxima do ideal almejado pelo Estado de Direito, traçando passos rumo ao que se denomina interesse social.

O interesse social, por sua vez, representa segundo Abboud (2011, p 20):

Uma justificativa exaustiva por parte do Poder Público no instante em que determinar restrição a algum direito fundamental, haja vista que terá de demonstra, pormenorizadamente quais direitos fundamentais serão beneficiados com a medida e qual o dispositivo constitucional que autoriza a referida restrição.

O autor ancorado na lição de Nery Junior (2008), estabelece os requisitos necessários para, por meio de uma análise de ponderação determinar se a restrição a direito individual por ato unilateral do Estado tem o fito de garantir o interesse social justificando assim sua prática.

Os requisitos necessários são: 1- tal restrição deve ter embasamento constitucional; 2- a o limite deve ser proporcional; 3- a restrição tem como escopo um interesse social, buscando privilegiar outro direito fundamental; 4- o ato da administração deve ser fundamentado; 5 o ato pode ser revisado pelo Poder Judiciário.

Contudo, essa ponderação só se torna possível a partir do advento do pós-positivismo, na medida em que a ponderação condiciona a positivação jurídica. Acerca da técnica da ponderação, Alexy (2008) aponta que “as possibilidades jurídicas implicam em uma lei de ponderação (sopesamento), determinando que quanto maior for o grau de não cumprimento de um princípio, maior deve ser a importância da realização do outro.

Vale ressaltar que isso somente é possível em um Estado que se torne constitucionalizado, pois como aduz Sarmento, o indivíduo não deve ser súdito do Estado, mas sim integrante deste, e que este também deve ser sujeito da história, não objeto dessa. E deste modo, pautando um modelo de Estado Constitucional que deve ser justo, e acima de tudo, respeite o direito dos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia veio no afã de analisar os impactos do advento do Neoconstitucionalismo – especialmente, pós-Constituição Federal de 1988 – no que tange à clássica dicotomia entre os interesses públicos e os privados no âmbito do Direito Administrativo, ramo do Direito no qual, tradicionalmente, prevalece a vontade pública.

Para tanto, entendeu-se por bem a utilização da metodologia zetética, porquanto esta permite não apenas analisar os reflexos causados pelo fenômeno objeto de análise – Neoconstitucionalismo, *in casu* -, mas possibilita a inflexão epistemológica de forma a construir uma ressignificação de institutos jurídicos.

Desta forma, no Capítulo 1 estudou-se toda a evolução das teorias constitucionais, de modo a compreender os fatores (sociais, econômicos, culturais, etc...) que permitiram o avanço científico entre o constitucionalismo clássico e o moderno. Este, por sua vez, foi compartimentado em prismas essencialmente econômicos (constitucionalismo liberal, social e Neoconstitucionalismo), de forma que percebeu-se, com clareza, que o elemento determinante na consolidação das teorias constitucionais é a tutela que se confere aos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos.

Já no que tange ao Capítulo 2, buscou-se compreender os aspectos de maior relevância na teoria dos direitos fundamentais. Nesse diapasão, compreendeu-se a distinção entre direitos fundamentais e humanos, com o reconhecimento de que aqueles se limitam aos interesses positivados dentro de uma ordem jurídica.

Ainda acerca dos direitos fundamentais, procedeu-se à evolução histórica-dimensionais, percorrendo os momentos de direitos como liberdades negativas – primeira dimensão -, vedação à proteção insuficiente – segunda dimensão -,

jusfraternal e tutela metaindividual – terceira dimensão – evolução genética – quarta dimensão – e o direito à paz – quinta dimensão.

Noutro giro, questionou-se a amplitude de irradiação dos comandos de máxima efetividade dos direitos fundamentais, percebendo-se que a jurisprudência pátria já aceita a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Conquanto os Capítulos 2 e 3 procederam-se à introdução ao objeto da pesquisa, o Capítulo 3, por sua vez, reuniu os conhecimentos anteriormente colacionados de forma a responder à proposta e, nesse mister, consignou aportes teóricos no que tange à nova releitura do Direito Administrativo trazido pelo Neoconstitucionalismo.

Aqui, há de se destacar, a zetética recebe amparo metodológico na dialética, porquanto parte-se da construção de conhecimento por meio da contraposição dos preceitos anteriormente consignados.

Nessa esteira, às hipóteses previamente levantadas, chegou-se às seguintes considerações:

4- Uma vez sendo fundada a Administração Pública no princípio da supremacia do interesse público, havendo conflito entre este e o direito fundamental, justifica-se mitigar a irradiação de efeitos dos direitos de natureza privada, tendo por base o fato da supremacia do interesse público servir como sustentáculo do Direito Administrativo moderno.

Na medida em que se observa que os direitos fundamentais se configuram como conquista de gerações, não cabe pensar em sua mitigação com fins ao atendimento do interesse público. No mesmo diapasão, coloca-se em cheque o próprio conceito de interesse público, não havendo que se falar em sua prevalência quando em conflito com o direito fundamental.

Da mesma forma, eventual prevalência de interesse individual sobre interesse público não descaracteriza os traços do Direito Administrativo, porquanto este é compreendido atualmente sob reflexos neoconstitucionais, ou seja, toda sua aplicação e interpretação é fundada na compatibilidade material com os baluartes contidos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais destaca-se o metaprincípio da dignidade da pessoa humana. Com base no exposto, hipótese 1 refutada.

5- Os reflexos neoconstitucionais diante a questão de direito público, consagram a figura dos direitos fundamentais, deste modo fazendo com que a Administração

Pública limite sua atuação no que se refere à supremacia do interesse público, representando a superação da dicotomia entre o direito público e o interesse privado.

Não obstante o reconhecimento da consagração tutela dos interesses individuais por meio do advento do Neoconstitucionalismo, é certo que o Direito Administrativo é o ramo do Direito que tem como objeto de estudo a regulamentação da coisa pública. Seria dizer, cuida-se do público em prol da coletividade e, nesse sentido, quando o público, com viés coletivo, esbarrar em direito/interesse individual, este deve ceder – utilizando-se da técnica de sopesamento alexyana – em prol daquele.

Tal se justifica pelo fato das prerrogativas individuais não autorizarem a ultrapassagem no sentido de limitar o direito alheio. Vale dizer, da mesma forma em que o ordenamento jurídico concede a defesa do direito, repudia o abuso do direito, devendo a pretensão individual perecer quando confrontada com a coletiva. Hipótese negada, como consectário lógico do exposto.

6- Cabe ao aplicador do direito valorar, com base na proporcionalidade e razoabilidade, o que deve ser relativizado na constância de um conflito entre privado e supremacia do interesse público.

Essa hipótese, no decorrer do trabalho, se mostrou a mais adequada, vindo a ser confirmada quando contraposta à metodologia escolhida. Explica-se: o Neoconstitucionalismo ao trazer ao centro da tutela jurídica os direitos fundamentais, reconstituiu toda a clássica dicotomia existente entre o direito público e o privado.

Dessa forma, não há que se falar em superação de um pelo outro, mas sim de adequação ao caso concreto, que deverá ser obtida por meio de uma técnica de sopesamento valorativo.

Desta feita, viu-se, também, que o interesse público é válido apenas quando em prol da coletividade, razão pela qual se rechaça essa terminologia. Com efeito, acredita-se que mais correto seria a defesa do interesse coletivo – este como representação da defesa de diversos indivíduos – porquanto o público, por preciosismo terminológico, por vezes limita-se à esfera de atuação da Administração Pública.

Ressalta-se que tal preocupação com a defesa do interesse coletivo vem como consideração de que o Estado – e por isso, o Poder Público – configura-se como meio de consecução dos anseios da coletividade – e não como fim em si

mesmo, daí porque, analisando-se na clássica dicotomia entre público e privado não prevalece o público e nem o privado, mas o coletivo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 907, 2011.

ABREU, Neide Maria Carvalho, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. In: **Conpedi, Manaus**, 2006. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/055.pdf>>. Acesso dias 13 de Junho de 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Jaime Léonida Miranda ; FRANÇA FILHO, Osmar Moraes; PINTAR, Bruno Trajano. O ativismo judicial como meio de garantir a eficácia dos direitos sociais. In: **Unoesc International Legal Seminar - Spring Brasil Alemanha** v. 2, n. 1, Unoesc 2013.

AMORA, Manoel Albano. A CODIFICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO. In: **Revista da Academia Cearense de Letras**. Disponível em: http://www.ceara.pro.br/acl/revistas/revistas/1962/ACL_1962_19_A_Codificacao_do_Direito_Administrativo_Manoel_Alban_Amora.pdf. Acesso em 11 de Junho de 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. In: **Revista de Direito Administrativo**. Vol 26. Renovar, 2004.

AVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: revista eletrônica de direito do Estado, nº 17 instituto brasileiro de direito público, 2009.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**; o Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, 2006.

Disponível em: http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis_v4_n_2.pdf.

BENEVIDES, Maria Vitória de Mesquita. **A Cidadania Ativa** – Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular. 3ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2003.

BELINETTI, Luis Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e Individuais homogêneos. In: **Estudos de Direito Processual Civil**, Ed. RT, 2005, p. 666/671

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, Paulo. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

_____, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra, Livraria Almedina.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**; tradução Jean Melville. 2ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2007

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Direito constitucional curso completo**. Brasília: VESTCON, 12ª ed, 2002..

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 239.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo, Saraiva, 2000.

_____, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4ª Ed. revista São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do direito fraterno**. Santa Cruz do Sul-RS: Unisc, 2011.

GUERRA, S. C. S.; RONZANI, D. C.; FERREIRA, L. P.. O ativismo constitucional do STF e a efetividade da Constituição de 1988. 2010.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 43. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HERKENHOFF, João Baptista. **Genese dos Direitos Humanos**. 2. Ed. Aparecida: Santuário, 2002

HERRERA, Carlos Miguel. **Estado Constituição e Direitos Sociais**. In. Revista do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª região. Campinas/SP, 2008.

HOBBS, Thomas. **De cive**, Petrópolis, Vozes, 1993.

IAMAMOTO, Marilda Vilela; CARVALHO, Raul. **Relações sociais e serviço social no Brasil**: esboço de uma interpretação histórico-metodológica. São Paulo: Cortez, 1983.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Clío Editora, 2009

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2014.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9952>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

MARTINS, Francisco Jorio Bezerra. A jurisdição Constitucional como instrumento de efetivação de democracia no Estado democrático de Direito. In: **Anais do XIX encontro nacional do CONPEDI**, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 15. ed. São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006

MOREIRA, Vital. **O Futuro da Constituição**. In: Eros Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org). **Direito Constitucional Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides**. Malheiros Editora Ltda: São Paulo, 2001.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: la buena fé. Madrid: centro de Estudios políticos e constitucionales, 2000, p 199, apud SARMENTO, Daniel, ob. Cit., p. 206.

NERY Junior, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Público vs. privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco (orgs.). **Constituição Federal : avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2008.

NIGRO, Rachel. **A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo**. In: **Direito, Estado e Sociedade** □ n.34 p. 170 a 211 jan/jun 2009. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/nigro_direito34.pdf> Acesso em: 17 jun. 2015

PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines. **Constitucionalismo**: Origem E Evolução Histórica. In: RBDC n. 21 - jan./jun. 2013 - ISSN: 1983-2303 (versão eletrônica)

LUÑO, Antonio Enrique Pérez Luño. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

ROSSI, Amélia Sampaio, **Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?**. Curitiba: Juruá, 2012.

SANCHIS, Luis Pietro. **Ley, Principios, derechos**. Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las casa, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In.: **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Derecho penal de la empresa**. Madri: Trotta, 1995.